

合衆国憲法修正第 13 条と アファーマティブ・デューティ

澤田 知樹

はじめに

南北戦争 (the Civil War) 後の奴隷解放により、奴隷たちは自由になれるかと考えられた。だが、それは法律上「差別をしない」という宣言に過ぎなかった。元奴隷の人々への差別は根強く続けられた。約 100 年後、それらの差別を解消すべく多くの措置が行われた。それらにより明示的な差別は解消されたように見えたが、それに替わって黙示的な差別が行われるようになった。本稿では、それらの黙示的差別の状況とそれに対する解決の可能性について、米国における論議をベースに考察を試みる。そこで第 1 章では黙示的な差別の実態、第 2 章ではそれらが行われるについての内面的作用について考える。そして第 3 章においてはそれらへの対応、第 4 章において政府の役割について考える。

第 1 章 構造的差別

1. 黙示的差別

1964 年公民権法は大いなる達成であったが、しかしそこには構造的人種問題 (issue of structural racism) は包含されていなかった。連邦議会は黙示的な (implicit) な差別から生じる問題については言及していなかった。なぜなら当時の社会学者たちはまだそのような現象を見定めておらず、研究が進んでなかったからである。人種的な支配と服従の制度としての奴隷制は、再統合 (Reconstruction) の終わりである 1877 年から、1945 年以後の第二の再統合 (the second Reconstruction) に至るまで、包括的な人種体制として引き継がれていた。白人の優位は明示的な人種主義に基づいていた。有色人種を排除するために学校における分断 (segregation) が行われ、それにより白人のみに機会は保証され、有色人種の多くは、劣ったものとして品位を降下され排除されていた。そのような抑圧の体制こそ、1964 年公民権法が打ち壊そうとするものであった。¹⁾

第 2 の再統合の時期に人種分断 (segregation) の解体が進むにつれ、第 3 の人種体制…構造的な人種差別 (structural racism) がそれにとって代わった。従来の奴隷制や労働形態に対して、このような新しいそしてより巧妙な制度により、黙示の人種差別により排斥が続けられた。²⁾

大半の米国人は、人種差別というものは個人的・意図的 (intentional) そして明白なもので

あると理解していた。個人的な偏見により動機づけられた明白な排斥であると理解していた³⁾。だが差別の状況はより複雑化し、個人の悪しき態度や行為によるものではないことを社会学者たちは示してきた⁴⁾。慣習や政策は表面的には人種について中立的 (race neutral) であるように見えた。だがこのような政策は、有色人種に関して機会を減少させる結果をもたらした。人々の差別する意図よりもむしろ意図的でない効果がより問題となってきた。人種についての中立的な政策は、有色人種に対してネガティブな効果をもたらしている。⁵⁾ 社会学者たちはこのような現状を様々な言葉で表している。制度的 (institutional) 人種差別⁶⁾、構造的な人種差別 (structural discrimination)⁷⁾、体系的 (systematic) 人種差別⁸⁾、人種化された (racialized) 社会システム⁹⁾ などである。

構造的な人種差別の考え方は、意図的でない原因から生ずる別異的 (disparate) な効果について焦点をあてる。そして構造的な人種主義によってもたらされる人種的格差 (disparity) により、健康・教育・社会的そして経済的に大きな結果を及ぼす。このようなタイプの人種差別の影響は累積的であり、社会的領域や長期に亘ってのダイナミックなプロセスの一部となっている¹⁰⁾。

南北戦争 (the Civil War) 後の再統合の時期に奴隷制は廃止された。だが、それは公的な制度における奴隷制の廃止に過ぎなかった。黒人たちを分離するための慣行は、明示的に続けられた。その約 100 年後、第 2 の再統合により、そのような分離の慣行は禁止されていくことになった。だが、それによりその次には、黙示的な排斥が取って代わることとなった。差別あるいは異質なものを排斥しようとするシステムは、簡単にはなくならないようである。このような黙示的な排斥について考えるとき、意識の改革が求められることになる。だが、この意識の改革というものは、単に法律や社会的制度を改革するだけでは、なかなか実行できないように見受けられる。それでも、法律が制定されることにより、教育的機能¹¹⁾ は期待できると考えられよう。だが、これはトップダウン型手法の一種であるかも知れない。意識の改革についていかなる方法を用い、そして誰がどのように決めそして進めていくかについて検証・考察されなければならないと考える。このような意識の改革が求められる場合にはむしろボトムアップ型の手法が適しているかも知れないことをキャロライン・ケネディ氏は表明している¹²⁾。トップダウン型との協働という第 3 のタイプの構築を考えなければならないのかも知れない。

2. 意識の欠如

構造的な人種差別は、個人の偏見に基づく行動についてではなく社会的にインフラによってもたらされる不平等な結果であると説明される。異なった結果は全体として構造的な特徴によるものである。主観的な意思決定は無意識の仮定やステレオタイプ観によって影響される。アフリカ系米国人たちは、頑迷な白人個人の故意の行為よりも、学校や雇用状況といった制度の日常の運営によって傷つけられてきた¹³⁾。

個人による人種差別と構造的な人種差別との違いは、意図がどのような役割を演じるかである。構造的な人種差別の鍵となる要素は意図ではなく、少数派グループを従属的地位に置いておこうとする効果によるものである¹⁴⁾。

構造的な人種差別はいくつもの関係やプロセスが相互に絡みあう複雑なシステムの例であり、そこで起きていることは単一・一致的なものでなく、社会的領域の内部とそれを超えて時を重ねるにつれて、累積されてきたものである¹⁵⁾。

システム的なアプローチは、落ち度を認定することなく、問題を解決することそして害悪を是正することである。原因や意図から直接起きる害悪でないものを明らかにしていかなければならない¹⁶⁾。

人種的な格差は、人種中立的に見える制度や社会的慣行を通じて意図的でなく起こされている。無意識な偏見はプロセスや行動の中で大きな役割を演じる。これらの偏見は無意識であり巧妙であり、間接的・曖昧で相反するものである。無意識な人種偏見 (racial bias) は不平等を永続させる原因となる役割を演じ続ける。¹⁷⁾

無意識な信条 (belief) や関係は人々の認識や心情そして行動を自動的そして制御不能に形成し続ける。人々は自分が偏見や先入観にとらわれていないと信じているときでさえも、無意識なステレオタイプ観は浸透していつている。意識的な思考と無意識なイメージは意識されないところで併存している。このような無意識のネガティブな態度はその人の行動に影響し、そして意識的でない差別的結果を生じさせ続ける¹⁸⁾。

このような文化的大気汚染 (cultural air pollution) を呼吸することから人々は逃れることができず、そして人々はネガティブな人種的態度や認識を吸収し続ける。有色人種の人々も、かれらに対するネガティブな文化的イメージを吸収し、そして内部化された従属性 (internalized subordination) を擦り込まれていく¹⁹⁾。

無意識と意識との相克 (conflict) は、人種の拒絶を導くような不快さを生じさせるかも知れない。そして人種の拒絶により、人種問題について話し合うことを困難にしさらに職場や社会全般における人種問題の緊張を増大させる。無意識と意識の相克は曖昧な状況における決定や瞬間的なプレッシャーの下での意思決定に影響することもある²⁰⁾。

法的な原則 (doctrine) は、憲法違反を認定するにあたっての必須条件として意識的差別を要求する。裁判所がそのような姿勢 (posture) を採ることにより、構造的な人種差別によって起こされる抑圧が継続することが守られることになる²¹⁾。

3. 個人主義

個人主義は米国の特徴の不可欠な要素として認識されてきた。そして人種的な格差についての理解は、長い間このアプローチを採り続けてきた。それにより2つのまちがった方法が行われている。ひとつは、白人の個人的で意図的な人種偏見を責めることである。いまひとつは、有

色人種の人々の無能・無知・怠惰を責めることである²²⁾。ふたつめの理解により、被害者個人の道徳的文化的あるいは精神的欠陥が非難される。このような有色人種についてのステレオタイプ化が今日も続いている。²³⁾

個人主義に基づく視点を通して人種格差の問題を見るのであれば、そのような問題についての解決の視野を狭めることになるであろう。人種格差を構造的に理解できないのであれば、構造的解決方法の可能性を見出すことはできないであろう²⁴⁾。

個人の自己責任において自由や権利は実現されるという理解は大原則であるかもしれない。しかし、それはあくまで自由や権利を享受できる場合に限られる。そのような自由や権利を実質的に剥奪されている場合には、そもそも個人主義の前提を欠くと考えることができよう。

4. 構造的中立の問題

構造的な人種偏見の目につく問題として、中立性が社会構造の中に組み込まれ、それは表面的には中立的であるが、実際には有色人種の人々に有害な影響を及ぼしている²⁵⁾。そのような中立的な社会構造が人種格差を拡大するように働いている。歴史的におこなわれてきたことは、現在の状況に組み込まれているものである。そしてそれが人種的に別異的 (disparate) な結果を永続させている。人種中立的な経済政策決定は一般に貧しい人々に不利である。有色人種の人々の多くは貧しいため、そのような政策決定は反対の人種的結果をもたらす²⁶⁾。純粹に経済的な根拠による決定は、人種格差を生じさせる。同様に人種に基づかない公共政策の決定は、人種的な結果をもたらす²⁷⁾。

また、意識的意図は無意識によるプログラミングに克つことはできないことが心理学者により示されている。そして、人種を意識しない (color blindness) ことは構造的な人種偏見を推し進める。それは人種的な現状維持を続けることになる。善意の白人たちにとっては差別は意図的な偏見によってもたらされるものであり、自分たちはそのような構造的システムの外にいると理解している。人種を意識しないというアプローチによって差別を終わらせることはうまくいかない。そのような方法は、人々を個人レベルで行動させるだけであり、それにより構造的差別を永続させる組織的そして社会的な役割について盲目になるからである²⁸⁾。

憲法の平等条項は、法律が積極的に差別を設けることを禁止しているのみである。そのような法律の条文を表面的に中立にしたのみでは、差別は解消されそうにない。今まで差別を続けてきたところに、ある日「差別をやめます」と宣言したところで、社会で行われている現状がすぐに変革されるわけではないであろう。差別を解消するためには、何らかの積極的な行為が求められると考えられよう。

第2章 差別の背景

1. 差別的意図

差別について裁判所で争われとき、原告は意図的な差別があったことを示さなければならない²⁹⁾。だが、差別というものは曖昧な言葉 (term) である。差別や人種というものはそれ自身で定義されるコンセプトではないため、公衆がどのように評価するかが最も重要である。差別の意味するところはそれが存在する脈絡 (context) に依拠するからである。裁判所よりむしろ公衆が文化的基準 (norm) を通じて差別の真の実態を意味づけなければならない。このような実態を無視して法律的分析を進めるのであれば、深刻なリスクをもたらすであろう³⁰⁾。

1964年公民権法が議会通过したとき、法案は問題となる行為が違法となる場合の基準あるいは意図 (intent) を要求するかについて沈黙していた。ある論者は、この問題について行政機関 (agency) が解決すべきものとして意図的に未決のまま (open) にしておいた³¹⁾と主張する。議会の意図とはかかわりなく、行政機関は、別異的な効果 (disparate impact) をもたらすような政策や行為を禁止する規則を制定した³²⁾。

だが最高裁は平等保護 (equal protection) に基づいて行われる人種差別についての主張には意図的な差別が必要であると示した³³⁾。このような基準のもと、人種的別異効果だけでは、平等保護の主張をうち立てることには不十分となった。被告が行動する際に人種を意識したことが要因として求められた。最高裁はさらに主観的動機を意図の中に求めた³⁴⁾。そして2002年、最高裁は、公民権法の第6節 (Title VI) では、意図的な差別があったことの証明を原告に求めた³⁵⁾。その条文は連邦政府の資金供与プログラムにおいて、個人を差別から保護するものである。ここで、連邦議会はそのような判決に対応せず、その条文は今なお存在している。そして今、少数の例外を除いては、意図的差別の基準により、原告が人種的不平等を是正する能力 (ability) は大きく制限されている³⁶⁾。

このように裁判所は、差別があったことについてそれを行った者の意図、主観的に差別する意図を証明することを求めている。だが、このような主観的意図を他人がどうやって証明することができるかすこぶる疑問である。

2. 主観的要素

最高裁が意図を重視した基準を採用したとき、賛否両論が活発に展開された。賛成者の主張は、意図がなくても十分であるならば、政府やその他の被告は過度の不確実な責任を負わされると主張するものである³⁷⁾。人種的格差は公共生活のほとんどあらゆる面に存在しており、別異的な効果によりそれらのほとんどが訴えの主張になってしまう。そのようなことを防ぐような基準が必要である³⁸⁾。多くの人種的格差は政府や他の制度的差別によるものでなく、私的な行為や人口要因によって存在している。政府がこれらの人種的格差をつくりだしているわけ

ではなく、別異的效果による基準は政府に対してとても過大な行政的負担を課することになる³⁹⁾。賛成者たちは、差別を非モラルな活動と要約し、別異的效果の基準はそれらの行為の二次的副産物にすぎないとする⁴⁰⁾。

反対者はつぎのように主張する。差別のほとんどは、差別しようとする意識よりはむしろ意識下の偏見の結果として生じるものである⁴¹⁾。次に、このような基準は、個人の心の内心的な働きを示さなければならないという、とても過大な負担を原告に課することになる⁴²⁾。直接的な根拠を欠く状況では、推測にたよることになり、それを提示する人の見解、意見そして偏見が実在の証拠よりも重視されることになる⁴³⁾。

また、論者たちは、意図による基準は原状維持を強化し、白人たちの利益を保護すると主張する。不平等のほとんどは、過去における政府や民間による差別から生じたものであり、このような不平等の創造や継続は、調和したものでもなければ自然なものでもない⁴⁴⁾。意図による基準は人種的な現状維持を永続させるような決定を保護するものである⁴⁵⁾。また、ある論者は、意図による基準は、犠牲者よりもむしろ加害者の認識であり、加害者が悪意をもたないときには、犠牲者についての差別的効果は問題とならないことになると⁴⁶⁾主張する。

平等保護条項 (the Equal Protection Clause) は差別という言葉を含んでおらず、ましてや意図的差別を要求していない。平等な保護の否定について述べるのみであり、その説明や定義をしていない。平等保護についての起草者のコンセプトは、意図的差別を単に禁止することにより広い⁴⁷⁾。さらに平等についての考慮やアクセスについての能動的権利 (affirmative right) を含むとの主張もある⁴⁸⁾。差別は、平等保護よりも文化的な不確定要素に依存するものである。具体的に害が起きたかどうかはその時の前後関係や状況に大きく依存するものである⁴⁹⁾。

差別する意図があったかどうかについて両論がある。最高裁は意図を必要とする見解をとっているが、これは論者が指摘するように政府や関係機関を保護するのに手厚く作用することになる。だが、反対者が示すように、加害者の内心について証明することが、被害者に課せられているのであれば、被害者の救済という観点からは非常に不十分なものであると考えられよう。意図ではなく差別的効果あるいは結果が生じたかどうかで判断することが求められるであろうと考える。連邦議会は、それを明示していないが、最高裁が頑なに意図を必要と示し続けるのであれば、立法的な解決が必要であるかも知れないと考える。

3. 代替案の可能性

差別について公衆はどのように受け止めているかは、裁判所の今の意図による基準よりも広いと考えられる。現在の意図に基づく偏見が差別を示すのに不十分ではあるが、それにより立法が限定されるわけではない。その他の差別禁止 (anti-discrimination) の基準が、差別についての公衆のより広い理解に調和するかどうかの方がより難しい問題である。意図による基準に代わるものとしてこれまでに三つのカテゴリーが示されている⁵⁰⁾。

ひとつ目は、下級審が示した別異的效果による審査である。これは具体的な政策や実施が、ある人種のグループに対して不適切な (disproportionate) 効果を生じたかどうかを見るものである⁵¹⁾。この基準では原告は意図的偏見を証明すること要しない。ふたつ目は、純粋な (pure) な別異的效果の基準であり、弁明 (excuse) を与えない。この基準では別異的效果が生じただけで、救済を正当化するのに十分である⁵²⁾。みつ目は、そのような純粋な別異的基準とは反対に働くものである。これにはいくつかの変形がある。そのうちひとつは低い程度ではあるが意図や非難可能性 (culpability) を要求するものである。たとえば、被告がそのような効果が生じるであろうことを認識するべきであったのにそれを怠って (negligently) 行為したときである⁵³⁾。判例や学説の中には、単なる怠惰よりもむしろ意図的無関心 (deliberate indifference) を求めるものもある⁵⁴⁾。

本稿では、紙幅の関係からも、別異的效果についての考察はできなかった。差別についての公衆の理解と最高裁の基準が乖離するのであれば、それらは修正されなければならないと考える。その場合には、別異的基準あるいはそれ以外に示されている基準が、修正を考えていくうえでの基盤になるであろうと考えることができるかも知れない。最高裁の示すように政府や関係機関に過大な負担を課すことを避けることを重視するか、反対に被害者の保護に厚い基準をうち立てていくか、その問題を考えるにあたっては、やはり主権者である国民がどう考えているかを明らかにすることが、最も重要であると考えられるかも知れない。

第3章 差別への対応

1. 別異的扱い

1964年公民権法の第4節 (Title IV) の適用の初期において、最高裁は *Griggs v. Duke Power* 判決において、差別を証明する方法として別異的效果の基準 (doctrine) を司法判断によって創り出した⁵⁵⁾。この法理は、表面的には人種について中立であり、そして意図 (intent) においても中立であっても、保護されたクラス (protected class) の人々についての別異的な効果をもたらすような慣行を禁じるものである⁵⁶⁾。初期における最高裁は、第4節の目的を広く解し、文言を解析することはしなかった。かわりに、立法目的に着目し明白な差別のみならず、形式的には公正な慣行であっても運用において差別をもたらすものを含むと解した⁵⁷⁾。この結論を導くために、最高裁は投票権に関する事例である *Gaston v. Country* 判決⁵⁸⁾ を引用した。その判決は、投票資格者について識字テスト (literacy tests) を設けることは違法であると判断した。そのテストは、歴史的に十分な教育を受けることができなかったアフリカ系米国人を、人種にもとづいて間接的に投票権を奪うという内容のものであった⁵⁹⁾。そして、雇用差別についての別異的效果の法理が創出されたことは、公民権法に関する判決について大きな効果をもたらす差別を理解するためのアプローチを具体化した⁶⁰⁾。

2. 考察方法

第4節は、有意義な経済的機会（meaningful economic opportunity）を持つために勤労する個人の権利を保障する条文として、適切に理解されなければならない。第4節の基本的性質の理解を助けるための枠組みとして、みつつのアプローチが考えられる。ひとつは、要素についてのアプローチ（elements approach）であり、これは第4節は1964年公民権法の他の部分から独立して理解することはできないということである。ふたつめは、条文を超えた（super-statute）アプローチであり、これは第7節は修正第13条によって設けられた憲法的原理に依るものであることを主張する。修正第13条は各個人に有意義な経済的機会を持つために勤労する権利を有することを保障している、みつつめは、人権アプローチである。これは国際法に注目し、雇用における差別は、そのような差別が有意義な経済的機会を拒否することを理由として、人権を侵害するものであることを示しているとする⁶¹⁾。

a) 要素によるアプローチ

一連の公民権立法は、「第2の再統合（the Second Reconstruction）」に帰すると時として言われる⁶²⁾。1950年代から60年代において、アフリカ系米国人や他の少数者についてより平等を保障するために憲法を再定義するような社会的そして法的な大きな変革があったと主張されている⁶³⁾。最高裁は、1954年のBrown v. Board of Education 判決において全米の学校に対して分離解消を命じた⁶⁴⁾。1962年には、ミシシッピの大学における最初の黒人入学者であるJames Meredithを保護するために25,000人の連邦部隊が配置された⁶⁵⁾。このように黒人の権利を実効的なものにするためには、政府による積極的な作為が必要になったのである。

1963年の夏には1964年公民権法制定に向けての背景が現れた。Bull Connorの暴走は動画や写真に撮られて紹介された。それらにより人々は大きく影響され、平等をよりよく保障するために政府は行動を求められるかどうかについての見解にも大きく効果をもたらした。8月にはMartin Luther King Jr'sが“I have a dream”の演説を行い、公民権法を必要とする公衆の認識が進んだ。同様に政治家も公民権活動の高揚を意識し、公民権立法を創設する機運を推し進めた。最後にJohn F. Kennedyが暗殺されたことにより、Johnson大統領は、亡き大統領によって始められた仕事を完成させようという国民的な支持を受けた。雇用における差別を禁止することは、アフリカ系米国人に対して社会のあらゆる側面への参加と平等を提供するためのプログラムのひとつの要素に過ぎない。より大きな保障、より大きな目的により第7節を解釈するにあたってそのような背景を考慮することが必要とされる⁶⁶⁾。

b) 優越条文（super-statute）アプローチ

法律の条文はすべて同等に創られているわけではなく他の条文に優越して適用されるべきものであることを説明する優越条文のコンセプトがある⁶⁷⁾。実務においては、優越条文は目的

にかなった大まかな解釈がなされる。通常の条文の解釈は適用されない。他の条文と衝突するときには、優越条文が優先適用され、通常の条文は優越条文に照らして解釈されあるいは評価されることになる⁶⁸⁾。このような理解は、裁判所がなぜ、ある条文について他の条文と異なった解釈をするのか、そして通常の条文に共通する解釈を適用するならば、その結果が適切でないときについて理解する方法として発展した。これにより多様な解釈の中からひとつを特定し、その法律が基礎とする根本的な原理を見出すことができる。そして公民権法、特に第4節は、差別禁止 (nondiscrimination) という根本的原理をベースにする優越的条文であると理解される⁶⁹⁾。さらに、優越条文は憲法で保障された権利から積極的な権利を創り出すために用いることもできる⁷⁰⁾。

このような優越条文の枠組みは、具体的な条文が憲法原理に遡ることができるときには、もっともよく浸透し有用である。歴史の徹底した理解により、第7節は、個々人が有意義な経済的機会を持つために勤労する権利を有するという基本的原理の上に依拠しているという考え方を提言する。この基本的原理は合衆国憲法修正第13条に根づいている⁷¹⁾。

c) 人権アプローチ

第7節は、国内法に焦点をあてると有意義な経済的機会と参加を保障する条文として適切に理解されるべきである。国際法においては、雇用差別の条文は単なる損害賠償ではないという主張を支持する。国際法においては人権条項として特別の位置 (place) を占める。国際法はふたつのタイプがあり、強制ある方法と慣習法である。多くの原理が強制力ある法あるいは慣習法により定義され、人権の文言も表れている⁷²⁾。国際法では、権利または自由は人権として分類され強化されたあるいは特別の法的地位 (status) と保護を受ける⁷³⁾。強制法、慣習法そして人権をいうみっつの相関するコンセプトは、雇用差別に関する法の本質についての論議の中ですべてに絡み合う⁷⁴⁾。「人権」は定義しづらいところもあり、コメンテーターたちは、何がその語に含まれるかについて論議している。だが、人権を組成する原理として一般に受け入れられているのは、人間の尊厳 (dignity) である⁷⁵⁾。人権についての源泉の可能性はふたつある。法システムの中に記されている権利である積極 (positive) 法と自然法である。後者の源泉は倫理や道徳に根拠づけられ、積極法から独立して存在し、より高い序列から発せられると言われている。自然法は、すべての時や場所においてすべての人々を支配する一連の普遍的そして絶対的な原理として理解されている⁷⁶⁾。そして人間の尊厳は、一般に平等と差別をしないことを含み、国際的な人権の中核に位置している⁷⁷⁾。

3. 雇用差別

差別は、個々人をそのグループの特徴によって選外することから、人権侵害として理解されなければならない。グループの特徴は人種や宗教といった個人の中核の典型的要素である。さ

らに差別は個人の職業的能力とは無関係に行われるにもかかわらず、その人の経済的平等、教育的平等に影響する結果をもたらす。そしてグループが他からどのように見られるかにも関わる⁷⁸⁾。

機会というのは個人の真の力によって判断されなければならない。従って、幾つかの扱いは人権侵害としての雇用差別であると分類される。有意義な経済的機会を持つための自身の勤労の権利はまた人権である。そして自分の勤労そして存在が奴隷類似の状況から逃れること、そして奴隷にされない権利は人権のなかでも最も基本的なものである⁷⁹⁾。

有意義な機会の保障という観点から考えるのであれば、そもそも自由や権利を実質的に剥奪されている人々については、政府による何らかの積極的作為による救済が必要であると考えることができるかも知れない。

第4章 政府の積極的作為義務

1. 最高裁の解釈

最高裁は損害賠償アプローチを採っている。そのような文言アプローチやドクトリンの動向は適切でないかもしれない。損害賠償の法理を第7節へと移行させることを考えることが求められるかも知れない。第7節は単に差別を禁止するだけでなく、被用者に有意義な経済的機会を提供するための積極的な義務（affirmative duty：アフーマティブ・デューティ）を創り出すものであるかも知れない⁸⁰⁾。

第7節を解釈するにあたっては1964年公民権法の他の部分や時事の法律そしてその時期の社会状況から離れて解釈することはできない。Griggs v. Duke Power 判決⁸¹⁾において別異的效果分析の法理が示され、他の構造的差別（structural discrimination）と同様に、差別があったことを認定するにあたっては、意図的、怠慢そして無意識の動機や行動を混合して判断されるべきである⁸²⁾。

この分析を第7節に適用すれば、第7節のいかなる解釈も、修正第13条によって創設された差別からの解放、完全な経済的参加を促進するように進められなければならない。その解釈は損害賠償の取り扱いに限定されるべきではない。平等や参加についての一般的な原理は損害賠償法の狭い原理ではなく、ガイドとなる源泉でなければならない。一般的に、人権は特別であり普遍的である。それらは州によって破棄されたり無視されたりしてはならない⁸³⁾。最高裁が、第7節について狭い文理的な見解を採るのであれば、それは人権条文としての本質を無視するものであり、雇用差別からの保護を閉ざすものであり、最高裁のアプローチは国際的な人権法の原理とは逆の方向にむかうことになる⁸⁴⁾。論者は国際法の人権思想を重視しているようである。国際法・国内法に関わりなく、人権は普遍であると考えられるかも知れない。

2. 差別的意図と差別的結果

個人に対する差別を禁止する条文を解釈するにあつて最高裁は、「意図 (intent)」や「原因 (cause)」を重視している⁸⁵⁾。これは損害賠償の法理として理解しているからであるが、このような最高裁の動向は第7節の根本的な本質に適合しない。意図を検証するにあつて最高裁は、動機 (motive) あるいは偏見 (bias) そして損害のタイプの意図を示すことを要求している。だが、動機や偏見が必須事項の一部だとしても、差別結果を欲するあるいはそのような結果が起きることを認識していたという意図を追加的に求める必要はない。より基本的なレベルでは、意図を要求することは第7節の根本的な本質を誤って解釈することになる。なぜなら、それは差別を別個もの (discrete) として見ており、勤労者が体験した結果や経済的効果よりも、個人の意図的行為を重視しているからである。雇用者がそれを起こそうという意図を有していたか、あるいは、原告がその意図を示すことができたかは問題ではない。問題は、そのような結果が起きたということである⁸⁶⁾。

ここで民事上の損害賠償の性質を勘案すると、その目的は被害者の救済であつて、加害者に対する責任追及ではない。従つて、雇用者の意図を重視するのではなく、被害者に対して実際に起きた事実について検証することが適切であると考えられることができるかも知れない。だが損害賠償では加害者の故意・過失が要求されるのであるから、最高裁のようなアプローチに落ち着くのかも知れない。

また被告に責任を負わせることも重要である。雇用差別の領域における政治と政策のバランスは特に重要であり、多様な原因に依拠する。第7節が議会を通るとき、連邦議会はこのバランスを十分に考慮し、雇用における差別に対する規制の経緯を引用し、FEPC や公民権法の他の部分の利益バランスとともに行政プロセスや法律上の防御を十分に考慮したうえで、議会が枠組みを念頭に練り上げた。最高裁が損害賠償の法理に基づいて追加的なチェックを行う必要はなく、それを行うのであれば、第7節を誤って解釈し、不正確な制限のリスクを負うことになる⁸⁷⁾。

立法過程において十分なる検証がなされたことは当然であると考えられる。それを理由として、裁判所がそれ以外の要件を追加することに慎重になるべきかどうかは、それぞれの事例、その根拠法の性質や立法意図にかかわってくると考える。日本の最高裁は成文法に書かれていないことを追加的に認めることについては消極的な姿勢が見受けられるが、米国においては、積極的であるべきと考えることもできるかも知れない。米国は判例法のシステムである。しかし、被害者の救済という観点から考えるのであれば、条文で原告に求められている要件以外の要素を追加することについては、控えるべきであると考えられることができるかも知れない。

3. より広い解釈

第7節のフレーズは、文言のみではなく、より広くそして内容にそつて解釈されるべきであ

る。職場における十分な経済的参加を進める障碍となるようなものについて検証するべきである。この解釈により現在の社会が求める経済的参加の機会を検証することができる。そして、最高裁は、十分な経済的機会を否定するような体系的（systemic）慣習を検証することが求められる⁸⁸⁾。

また、このアプローチにより、差別はそれによる実践や効果を経験したことになる。意図的行為の結果であることではない。このアプローチは経済的機会というより大きな社会的意味を採り入れるものである。その結果、アファーマティブ・アクション政策は、表面的な中立についてではなく平等な経済的機会について評価できることになる。さらにこのアプローチにより、十分な経済的参加を妨げているあらゆる方法に対してのアプローチが可能となる。米国社会において差別が実行されている複雑な状況を見つめることができることになる⁸⁹⁾。

勤労を通じた十分な経済的機会あるいは参加を重要なファクターとして見ることは十分に理由があると考えられる。人は社会的な生き物であるから、社会への参加が不可欠であると考えられる。その社会参加の具体的な方法の中で最も重要なもののひとつは、勤労することであろう。もちろん、勤労により収入を得ることによって健康で文化的な生活を営むことが可能となる。社会への参加そして健康で文化的な生活、それらはすべての人権を実現していくうえでの基盤になると考えることもできる。つまり、人権の土台を保障していくというテーマであると考えられることができるかも知れない。

4. アファーマティブ・デューティ (affirmative duty)

第7節は、有意義な経済的機会を提供するために職をもつことができるようにするためのアファーマティブ・デューティを創設するためのものとして見られることになるであろう⁹⁰⁾。最高裁が考えるところの損害賠償理論ではみつつの要素が包摂される。厳格な責任、意図的な加害そして過失（negligence）である⁹¹⁾。ここでは、過失の中心となるコンセプトである義務（duty）について考える。過失とは保護（care）の義務を満たすことができなかったことである。損害賠償を求める原告がそれを示すためには、被告がそのような義務を負っていること、そして被告がその義務を全うしなかったことを証明しなければならない。そしてそのような義務の内容は被告のおかれた状況や職業によって異なってくる。たとえば公共交通のバスの運転手は、単なるドライバーよりも重い注意義務を負い、医師は患者に対して医師としての高度な注意義務を負う⁹²⁾。

そこで、もし最高裁が、第7節を過失による損害賠償の法理として扱うのであれば、保護する義務はどのように捉えることができるであろうか⁹³⁾。その義務は「差別しない」義務であるかも知れない。

だが、そのような義務は第7節に織り込まれている基本的な原理に統合されるものではない。なぜなら、第7節は「差別」を定義していないからである。最高裁が用いるような損害賠償の

法理では、差別があったかどうかを判定することが困難である。そこで、よりよいアプローチとしては第7節の根底にある基本原理から導き出される義務に基づいて構成すべきである。第7節は、個人が自分の勤務の権利を差別を受けることなく保有し行使する権利を有することを基本としている⁹⁴⁾。

論者はつぎのように主張する。このような権利を実効たらしめるためには、アファーマティブ・デューティを創設することが考えられる。アファーマティブ・デューティとはニュー・ディール期にルーズベルトが宣言した第2の権利章典(the Second Bill of Rights)の中に表れている。その中では政府は、個人が自由に活動できる(fourishing)ような条件(condition)を整備する義務を負っていることが主張されている。それは民主主義を実施するための前提条件である⁹⁵⁾。そのプログラムの中では、政府は個人を政府の行為から保護することよりはむしろ、個人の権利を積極的に保護(affirmative protection)を提供することを打ち出している。それは政府によって実行されるべきアファーマティブ・デューティを創設したものである。そこでもし、第7節が損害賠償の理論であるならば、有意義な経済的機会を実現するための条件を提供するような義務が雇用者に課せられるべきであると考えられるべきである⁹⁶⁾。損害賠償の成立する条件としての義務の中に、そのような義務を組み込むべきであるという考えを論者は提言している。

憲法に書かれた自由や権利は、原則として、それを行うにあたって政府から干渉されたり妨害されたりすることがないという意味での、自由や権利である。従って、それを実効するためには、政府は何もしなければよいのである。だが、ニュー・ディール期において、個人が自由や権利を実効するための環境を整備する義務が、政府に負わされているというコンセプトが示された。その理由づけの中核にあるものは、有意義な経済的機会の享受という理論づけである。ここでニュー・ディール期においては、大恐慌という経済的大破壊により、個人は経済的機会を行使することができなくなった。そこで政府にはそのような機会を実行できるような環境を整備する義務があるというコンセプトが現れた。この経済的機会を阻害するものは、当時は経済的大破壊であったが、それ以外の事由による機会の剥奪について、このアファーマティブ・デューティのコンセプトは援用可能であると考えられよう。それ以外の事由とは、まさにここで論議している差別による就業機会の剥奪である。このような差別により就業機会を剥奪されている人々に対して、有意義な経済的機会を提供する義務を、政府が負っていると構成することにより、それらの人々を救済する法理の構成を進めることが可能になると考える。

むすびにかえて

本稿において論じたように、差別を行う意図と結果的に差別をもたらす作為・不作為について考えるとき、それらは人々の内心的精神作用について考えなければならないこととなる。差別を解消することは重要であるが、それを行うにあたって内心的精神面に踏み込むこと、さら

に政府が介入することは危険であるかも知れない。個人の精神的自由権を侵害することになるかも知れないからである。

また、差別を解消するために政府にアファーマティブ・デューティを課すことが必要であると考えとしても、政府がいかなる作為を行うべきかについては、慎重に考慮されなければならないと考える。それらを進めるにあたっての憲法上の根拠は修正第13条であると考えられるが、それ故に修正第13条は、国民個人のあらゆる生活部に政府が介入することとなる⁹⁷⁾かも知れないために、とても危険な憲法条文であるかも知れない。このことについては、米国の論文においても指摘されているところである。この課題についてはさらに考察を続ける所存である。

注釈

- 1) William M. Wiecek * and Judy L. Hamilton, 74 Louisiana Law Review 1095,1099 (2014).
- 2) Id. at 1099.
- 3) Louis L. KNOWLES & KENNETH PREWITT, INSTITUTIONAL RACISM IN AMERICA 5 (1969)
- 4) Id. , at 187-88.
- 5) Wiecek & Hamilton, Supra Note 1, at 1103.
- 6) KNOWLES & PREWITT, *supra* note 3, at 4.
- 7) Citing, Fred L. Pincus, From Individual to Structural Discrimination, in RACE AND ETHNIC CONFLICT: CONTENDING VIEWS ON PREJUDICE, DISCRIMINATION AND ETHNOVIOLENCE 84 (Fred L. Pincus & Howard J. Ehrlich eds., 1994).
- 8) Sheri Lyn Schmidt, More Than Men in White Sheets: Seven Concepts Critical to the Teaching of Racism as Systemic Inequality, 38 EQUITY & EXCELLENCE EDUC. 110, 116 (2005).
- 9) Citing, MICHAEL OMI & HOWARD WINANT, RACIAL FORMATION IN THE UNITED STATES: FROM THE 1960s TO THE 1990s (1994).
- 10) Wiecek & Hamilton, Supra Note 1, at 1103-04.
- 11) Cass R. Sunstein, On the Expensive Function of Law, 144 University Pa. Law Review 2021 (1996).
- 12) 日本経済新聞, 2014年9月13日, 37頁。
- 13) Wiecek & Hamilton, Supra Note 1, at 1107-09.
- 14) Citing, Fred L. Pincus, From Individual to Structural Discrimination, in RACE AND ETHNIC CONFLICT: CONTENDING VIEWS ON PREJUDICE, DISCRIMINATION AND ETHNOVIOLENCE 84 (Fred L. Pincus & Howard J. Ehrlich eds.,) 1994.
- 15) Jjohn A. Powell, Structural Racism: Building Upon the Insights of John Calmore, 86 N.C. L. REV. 791, 795-96 (2007).
- 16) Id. at 798.
- 17) Wiecek & Hamilton, Supra Note 1, at 1113-14.
- 18) Citing, Mahzarin R. Banaji & Anthony G. Greenwald, Implicit Stereotyping and Prejudice, 102 PSYCHOL. REV. 4, 5 (1995).
- 19) Wiecek & Hamilton, Supra Note 1, at 1115.
- 20) Id. at 1117.
- 21) Id. at 1118.
- 22) Id. at 1119.

- 23) Citing, LAWRENCE BOBO & JAMES R. KLUEGEL, STATUS, IDEOLOGY, AND DIMENSIONS OF WHITES' RACIAL BELIEFS AND ATTITUDES: PROGRESS AND STAGNATION 98 (Steven A. Tuch & Jack K. Martin eds., 1997).
- 24) Wiecek & Hamilton, *Supra* Note 1, at 1120.
- 25) MICHAEL K. BROWN ET AL., WHITEWASHING RACE: THE MYTH OF A COLOR-BLIND SOCIETY 43, 56-57 (2003).
- 26) DEVAH PAGER, MARKED: RACE, CRIME, AND FINDING WORK IN AN ERA OF MASS INCARCERATION 95 (2007).
- 27) Wiecek & Hamilton, *Supra* Note 1, at 1121.
- 28) *Id.* at 1124-25.
- 29) *Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 275, 284, 293 (2001).
- 30) Derek W. Black, 43 Connecticut Law Review 503, 506 (2010).
- 31) Charles F. Abernathy, Title VI and the Constitution: A Regulatory Model for Defining "Discrimination," 70 Geo. L.J. 1, 28-30 (1981).
- 32) See, e.g., 12 C.F.R. § 528.9(b) (2002); 24 C.F.R. § 6.4(a)(1)(ix) (2002); 34 C.F.R. § 100.3(2) (2002).
- 33) *Keyes v. Sch. Dist. No. 1*, 413 U.S. 189, 208 (1973), *Vill. of Arlington Heights v. Metro. Hous. Dev. Corp.*, 429 U.S. 252, 264-66, 270-71 (1977); *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 238-42 (1976).
- 34) See Derek W. Black, The Contradiction Between Equal Protection's Meaning and Its Legal Substance: How Deliberate Indifference Can Cure It, 15 Wm. & Mary Bill Rts. J. 533, 566-67 (2006).
- 35) *Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 275, 284, 293 (2001).
- 36) Black, *Supra* Note 30, at 511-12.
- 37) *McClesky v. Kemp*, 481 U.S. 279, 292 (1987).
- 38) Adalberto Aguirre, Jr., Racial and Ethnic Diversity in America 27-38, 42 (2003).
- 39) *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977, 992 (1988).
- 40) Larry Alexander, What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 212-14 (1992).
- 41) Citing, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 Stan. L. Rev. 317, 335 (1987).
- 42) *United States v. Bd. of Sch. Comm'rs*, 573 F.2d 400, 413 (7th Cir. 1978); *Hart v. Cmty. Sch. Bd. of Educ.*, N.Y. Sch. Dist. No. 21, 512 F.2d 37, 50 (2d Cir. 1975).
- 43) *City of Memphis v. Greene*, 451 U.S. 100, 141-47 (1981).
- 44) Citing, Martha Minow, Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law 77-78 (1990).
- 45) *Id.*
- 46) Alan David Freeman, Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine, 62 Minn. L. Rev. 1049, 1052-54 (1978).
- 47) Black, *Supra* Note 30, at 517.
- 48) *Id.* Citing, Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously 180 (1977).
- 49) Larry Alexander, What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 153 (1992).
- 50) Black, *Supra* Note 30, at 538.
- 51) *Quarles v. Oxford Mun. Separate Sch. Dist.*, 868 F.2d 750, 754 (5th Cir. 1989).
- 52) Black, *Supra* Note 30, at 539.
- 53) David Benjamin Oppenheimer, Negligent Discrimination, 141 U. Pa. L. Rev. 899, 934 (1993).
- 54) *Davis v. Monroe Cnty. Bd. of Educ.*, 526 U.S. 629, 633 (1999).
- 55) *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431-33 (1971).
- 56) Civil Rights Act of 1991, Pub. L. No. 102-166, § 105, 105 Stat. 1071, 1074 (codified as amended at

- 42 U.S.C. § 2000e-2(k) (2012)).
- 57) Id. at 431.
- 58) Gaston Cnty. v. United States, 395 U.S. 285, 287, 297 (1969).
- 59) Id.
- 60) Robert Belton, Title VII of the Civil Rights Act of 1964: A Decade of Private Enforcement and Judicial Developments, 20 ST. LOUIS U. L.J. 225 (1976).
- 61) Maria I. Ontiveros, The Fundamental Nature of Title VII, 75 Ohio State Law Journal 1165, 1173 (2014).
- 62) BRUCE ACKERMAN, 3 WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 127-225 (2014).
- 63) WILLIAM N. ESKRIDGE JR. & JOHN FEREJOHN, A REPUBLIC OF STATUTES 61-65 (2010) [hereinafter ESKRIDGE, REPUBLIC]
- 64) Brown. v.
- 65) Ontiveros, Supra Note 61, at 1174.
- 66) Id.
- 67) William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *Super-Statutes*, 50 DUKE L.J. 1215-17 (2001).
- 68) Id. at 1216.
- 69) Id. at 1237.
- 70) Id.
- 71) Ontiveros, Supra Note 61, at 1176.
- 72) Id. at 1194.
- 73) Dawn Oliver & J[rg] Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere--the Scope of the Project*, in HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE 3, 4 (Dawn)
- 74) Ontiveros, Supra Note 61, at 1194.
- 75) Citing, MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 267 (6th ed. 2008).
- 76) Id.
- 77) Citing, WOUTER VANDENHOLE, NON-DISCRIMINATION AND EQUALITY IN THE VIEW OF THE UN HUMAN RIGHTS TREATY BODIES (2005).
- 78) Ontiveros, Supra Note 61, at 1195-96.
- 79) Todd D. Rakoff, *Enforcement of Employment Contracts and the Anti-Slavery Norm*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 283, 283 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001)
- 80) Ontiveros, Supra Note 61, at 1197.
- 81) Griggs v. Duke.
- 82) Sandra F. Sperino, *The Tort Label*, 66 FLA. L. REV. 1051, 1088 (2014).
- 83) Ontiveros, Supra Note 61, at 1199.
- 84) Id.
- 85) 42 U.S.C. § 2000e-2(a) (2012).
- 86) Ontiveros, Supra Note 61, at 1200.
- 87) Id. at 1201.
- 88) Id.
- 89) Id. at 1202.
- 90) Id.
- 91) Tort, Supra Note 82, at 1072.
- 92) Ontiveros, Supra Note 61, at 1202.
- 93) Id. at 1203, Citing Richard Thompson Ford, *Bias in the Air: Rethinking Employment Discrimination Law*, 66 STAN. L. REV. 1381, 1381 (2014).
- 94) Ontiveros, Supra Note 61, at 1203.
- 95) WILLIAM N. ESKRIDGE JR. & JOHN FEREJOHN, A REPUBLIC OF STATUTES 98 (2010).

- 96) Ontiveros, *Supra* Note 61, at 1203.
- 97) Eric Forner, *the Thirteenth Amendment; meaning, enforcement, and contemporary implications: panel ii: reconstruction revisited: the Supreme Court and the history of Reconstruction -and vice-versa*, 1585, 86 (2012).

The Thirteenth Amendment to the United States Constitution and Affirmative Duty

Tomoki SAWADA

Abstract

Although the Constitution prohibits discrimination and the era where it was officially implemented has passed, unofficial discrimination firmly remains. This paper discusses the underlying factors of social structure and awareness, suggesting that the government has a duty to take positive action to eliminate these influences.